Pour un encadrement des pratiques de portage salarial

Auteur : **Lise Casaux-Labrunée** , Professeur à l'Université Toulouse I, Sciences sociales Laboratoire « Droit et Changement social » (UMR CNRS 6028)
Les analyses précédemment menées montrent qu'en l'état actuel du droit la légalité des pratiques de portage salarial est très incertaine, ces dernières se développant dans une évidente insécurité juridique(1). Même si certaines sont plus construites que d'autres (plus *« vertueuses »*), aucune d'entre elles n'est à l'abri de condamnation pour un motif ou un autre. Ces motifs sont pour l'essentiel :

- le recours abusif à la qualification de contrat de travail (le lien de subordination entre porté et porteur fait souvent défaut et le soi-disant employeur ne fournit généralement aucun travail)(2) ;
- la condamnation pour prêt de main-d'œuvre illicite (si l'on admet la qualification de contrat de travail) contraire à l'interdiction du marchandage et pratiqué en dehors des cas autorisés par le législateur (travail temporaire, temps partagé...)(3) ;
- le non-respect des règles élémentaires du droit de la sécurité sociale (la charge de l'intégralité des cotisations sociales, patronales et salariales, pèse sur le soi-disant salarié contrairement aux dispositions d'ordre public de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale)(4) ;
- la fraude à l'assurance chômage, les prestations servies par ce régime étant subordonnées à la rupture involontaire d'un contrat de travail.

Il n'a pas été conclu pour autant, même si cela peut surprendre au regard de ce qui précède, à la condamnation pure et simple des pratiques analysées. Le portage est en effet un phénomène illicite sous bien des aspects, mais il est également innovant, n'étant pas exclu qu'il réponde à certains besoins économiques ou sociaux (qu'à notre sens cependant les promoteurs du portage n'ont pas suffisamment démontré), n'étant pas exclu non plus qu'il constitue une réponse, en quelque sorte perverse, à certaines insuffisances ou incohérences de notre droit positif (droit de la protection sociale notamment).
De fait, il peut dans le même temps susciter la curiosité et la méfiance. Curiosité lorsqu'il est présenté comme une forme d'emploi novatrice susceptible d'apporter solution à des publics en difficulté sur le marché du travail (les seniors par exemple). Méfiance lorsqu'il dissimule du prêt de main-d'œuvre illicite ou instrumentalise le contrat de travail aux seules fins de *« vendre »* à des professionnels autonomes un statut de salarié ouvrant droit au bénéfice des prestations du régime général de sécurité sociale et de l'assurance chômage (ces derniers ne pouvant en principe y prétendre du fait des conditions d'exercice de leur activité).
Cette *« ambivalence »* du portage, qui complique la réflexion sur les modes de régulation et les évolutions possibles du droit positif, permet en tout cas de comprendre les différences de positions très nettes au sein même du service public de l'emploi : l'Anpe qui invite au portage plutôt que de laisser des demandeurs d'emploi sans emploi ; l'Unedic qui conteste la légalité de la formule et refuse d'indemniser le chômage des portés qu'elle considère comme de faux salariés. Difficile dans ces conditions d'arrêter une ligne générale de solutions.
L'intervention des pouvoirs publics est pourtant nécessaire :

- en raison du risque réel d'extension non maîtrisée du phénomène, du risque de la généralisation de ce *« mode d'emploi »* à tous publics et à tous secteurs d'activités : l'étude sociologique montre parfaitement cette évolution des publics et des secteurs d'activité concernés (au début du portage, surtout des seniors hommes dans le secteur du conseil ; aujourd'hui plus de femmes que d'hommes, plus de quadra que de quinqua... intervenant dans le secteur du conseil mais plus seulement : artisanat, coiffure, bâtiment, immobilier... à la faveur des syndicats qui invitent à négocier sur ce thème dans toutes les branches d'activité)(5) ;
- en raison du risque d'accentuation du mouvement d'externalisation des emplois par les entreprises qui trouvent là une nouvelle possibilité d'éviter la fonction patronale, plus intéressante que le travail temporaire car soumise à moins de contraintes ;
- pour permettre l'harmonisation des positions de l'Anpe et de l'Unedic qui donnent aux demandeurs d'emploi des informations contradictoires sur le sujet ;
- pour procéder à une sorte de *« rappel à la loi »*, les structures de portage jonglant plus ou moins ouvertement avec des lois d'ordre public du droit du travail et de la sécurité sociale (nécessité notamment de rappeler les principes qui guident l'exercice des activités professionnelles, en premier lieu le principe d'indisponibilité des qualifications) ;
- pour éviter enfin le développement du contentieux qui ne cesse de croître.

L'intervention n'est pas facile puisqu'il s'agit finalement de trouver un chemin sur une arête sinueuse avec d'un côté, le risque de négliger une nouvelle forme d'organisation du travail susceptible de répondre à certains besoins... de l'autre, les dangers d'une innovation susceptible d'entraîner dérégulation sociale et déséquilibres financiers (risque de transfert de charges de sécurité sociale du régime des non salariés au régime général ; risque de *« sur sollicitation »* du régime d'assurance chômage...), susceptible aussi de déstabiliser certains dispositifs existants : travail temporaire, *« couveuses d'activités »*...
Les réflexions qui suivent sont dans la continuité des analyses qui ont montré les raisons pour lesquelles les portés pouvaient difficilement être considérés comme des salariés (et pourquoi les structures de portage pouvaient difficilement être considérées comme des employeurs)(6). Par conséquent, elles ont pour point de départ de considérer les portés pour ce qu'ils sont le plus probablement : des travailleurs indépendants attirés par le portage bien plus pour la sécurité de la protection sociale offerte par le régime du salariat que par le salariat lui-même (attirés par le statut plus que par l'identité).
Elles ont pour objectif non pas tant d'agir sur les causes du portage (ce qui mériterait d'être fait en menant une politique de communication claire sur la question du

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN
22/04/2012

portage, l'information donnée par les professionnels du portage étant trompeuse et incomplète, en poursuivant le travail de rapprochement des statuts professionnels du point de vue de la protection sociale, en rendant plus attractive la démarche entreprenariale et la *« mise à son compte »*(7)...) que de favoriser l'encadrement des pratiques existantes, impossibles à rayer d'un trait de plume vu l'ampleur prise par le phénomène.
Deux premières pistes seront explorées : l'une consiste à s'interroger sur l'objet réel de l'activité des structures de portage ; l'autre s'efforce de préciser le statut des professionnels susceptibles de recourir aux services de ces structures. Deux autres séries de considérations concernent le portage mais pas seulement. La confrontation des pratiques de portage au droit positif a en effet montré au moment du travail de qualification la faiblesse de certains outils conceptuels et non des moindres : la définition du travail salarié, celle du travail indépendant. On est donc conduit à s'interroger sur l'opportunité d'un renforcement de ces *« outils »* si l'on veut faciliter la qualification des conventions d'emploi complexes telles que le portage salarial.
1 **MIEUX CERNER L'ACTIVITÉ DES STRUCTURES DE PORTAGE** En quoi consiste précisément l'activité des sociétés de portage ?
La réponse des professionnels à cette question est souvent embarrassée : *« Le portage salarial ne correspond pas à une activité spécifique mais à un mode d'organisation de société qui permet à des personnes d'exercer une activité autonome sous statut salarié »*(8) ; *« Le portage salarial ne correspond pas à un objet social spécifique, mais correspond à une modalité particulière d'organisation d'entreprise relevant du champ conventionnel de leur activité principale » (OPPS, nov. 2006)*.
La difficulté pour les sociétés de portage de dire clairement ce qu'elles font est bien sûr liée au caractère juridiquement incertain de leur activité qui prend pour elles figure d'étau :

- prêt de main-d'œuvre illicite (et concurrence déloyale faite aux organismes seuls autorisés à déroger à l'interdiction) si les *« portés »* sont considérés comme des salariés...
- utilisation abusive si ce n'est frauduleuse du contrat de travail si les *« portés »* ne sont pas de vrais salariés.

Pour limiter les risques de condamnation (avérés), mieux vaut par conséquent affirmer que le portage ne correspond pas à une activité spécifique mais à une *« modalité d'organisation d'entreprise »* exerçant une activité classique (société de conseil par exemple). Cette posture correspond mal cependant aux affichages observés en matière publicitaire où les mêmes se présentent souvent comme *« spécialistes »* du portage *(v. les sites Internet)*(9).
Cerner avec plus de clarté l'objet de l'activité des structures de portage est pourtant essentiel. Difficile sans cette compréhension du rôle et des fonctions qu'exercent ces sociétés d'envisager les modes possibles de régulation de leurs pratiques.
• **Une activité spécifique de prestations de services à destination de professionnels autonomes** Les structures de portage salarial ont d'abord, selon nous, un rôle essentiel d'intermédiation, de rapprochement entre offres et demandes d'emplois... non pas salariés, mais indépendants ; elles facilitent le travail par missions des portés, répondent dans le même temps à la demande ponctuelle de prestations exprimées par des clients ; certaines d'entre elles vont jusqu'à effectuer du *« placement »* de travailleurs indépendants(10).
Elles permettent ensuite à des travailleurs autonomes d'exercer leur activité en se concentrant sur leur cœur de métier. Elles les débarrassent de tout ce que ces professionnels considèrent généralement comme ennuyeux : aspects juridiques, administratifs, comptables de leur activité(11)...
Elles permettent enfin la mise en réseau de professionnels autonomes, favorisent les échanges d'expériences entre professionnels (souvent des *« solos »*), dans certains cas les collaborations (pour répondre à des appels d'offres qui nécessitent les compétences de plusieurs professionnels).
L'activité des structures de portage peut donc être vue comme une activité spécifique de prestations de services à destination de professionnels autonomes, et les structures elles-mêmes comme des prestataires de services commerciaux, administratifs, juridiques... ayant pour *« clientèle »* première non pas les entreprises avec lesquelles elles contractent, mais les travailleurs indépendants qui réalisent les prestations. C'est par rapport à ces derniers en effet que l'activité des sociétés de portage présente un intérêt particulier, bien plus que par rapport aux clients qui sollicitent les services des portés mais pourraient aussi bien s'adresser à des sociétés de conseil classiques (s'il s'agit de conseil).
Cette activité est indiscutablement utile :

- pour favoriser le rapprochement entre offres et demandes d'emplois indépendants, aussi bien pour les professionnels (les aider à trouver des missions) que pour les clients (particuliers, entreprises, collectivités...), l'offre de services de prestataires indépendants n'étant pour ainsi dire pas structurée ;
- pour offrir à des travailleurs indépendants (ou petits entrepreneurs) la possibilité effective de se concentrer sur leur cœur de métier, d'être débarrassés de tout ce qui est obligatoire ou nécessaire lorsque l'on est à son compte et qu'il faut gérer sa propre activité (ce pour quoi ils ne sont en général pas faits ou formés) ;
- pour favoriser la mise en réseau de travailleurs indépendants, intéressante notamment d'un point de vue économique (pour accéder à des marchés plus importants). Elle l'est d'autant plus qu'il n'existe pas de structures réellement équivalentes ou concurrentes sur le marché du travail(12).

Ainsi présentée, l'activité des structures de portage les fait apparaître comme des organismes d'aide et d'accompagnement au développement de l'activité de professionnels autonomes dans la recherche de clientèle, offrant un service spécifique destiné à une clientèle ciblée, un service concentré sur l'organisation, la gestion, l'ingénierie d'activités professionnelles non salariées... une activité qui n'a rien d'illégal(13). Au demeurant, c'est bien ce que prétendent être les sociétés de portage les plus *« vertueuses »*, celles qui s'efforcent de promouvoir les bonnes pratiques pour améliorer la situation des portés. La différence, mais elle est importante, c'est le moyen par lequel on accepte que cet accompagnement soit apporté :

- dans le portage *« entrepreneurial »*, l'assistance est proposée par le moyen tout à fait licite de prestations de services ;
- dans le portage *« salarial »*, l'accompagnement se fait par recours exclusif au contrat de travail qui empêche en tant que tel la légitimation de l'activité.

• **Les rapports entre sociétés de portage et entreprises de travail temporaire** Par cette analyse, on règle aussi la question des rapports entre sociétés de portage et entreprises de travail temporaire en excluant la solution souvent évoquée de l'intégration du portage dans le champ de l'intérim. Les deux ont en effet

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement
BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN 22/04/2012

en commun d'être des formes d'organisation du travail issues de pratiques spontanées, la revendication de légitimité formulée aujourd'hui par les acteurs du portage n'étant pas sans rappeler celle des précurseurs de l'intérim au début des années 70 avant que ce dernier ne soit légalisé(14). Cette solution, qui implique de considérer les *« portés »* comme des salariés (ce qui n'est déjà pas évident), conduit en effet soit à la déstabilisation du dispositif de l'intérim (il a été conçu pour favoriser, notamment par le mécanisme du tiers employeur, la rencontre entre offres et demandes d'emplois salariés ; or la logique du travail indépendant est toute autre), soit à sa généralisation excessive (libérer l'intérim de ses contraintes pour le rapprocher du portage conduit à un fort risque d'accélération du mouvement d'externalisation des emplois). Une autre solution paraît préférable, plus innovante, qui consiste à opérer le partage de la fonction d'intermédiation selon la nature des emplois concernés : l'emploi salarié pour les entreprises de travail temporaire, l'emploi indépendant pour les structures de portage.

• **Portage salarial et politique de l'emploi** Rien n'interdit au législateur d'autoriser certaines structures à pratiquer le véritable portage salarial (autorisation de salarier des travailleurs autonomes apportant leur propre clientèle). Cette possibilité, si elle est retenue, doit cependant être exclusivement conçue comme une mesure de politique de l'emploi dont l'intérêt peut être admis si la preuve est rapportée que cette forme d'organisation du travail est utile sur le marché du travail, si elle permet par exemple d'y ramener des personnes qui peinent à s'y maintenir alors même (c'est le paradoxe de la situation) qu'elles ont des compétences certaines et l'aptitude à trouver leurs propres clients. Un tel dispositif n'est évidemment acceptable que s'il est sérieusement encadré de façon à éviter les dérives susceptibles d'en résulter *(v. supra)* et pour assurer une protection des professionnels concernés qu'il s'agit de remettre rapidement en perspective soit de la création d'activité soit du retour au salariat classique.

Dans cette perspective, le portage salarial sera exclusivement conçu comme un mode de travail exceptionnel et transitoire, comme une *« passerelle »* pour favoriser le passage d'une situation à une autre :

- pour favoriser l'entrée sur le marché du travail de jeunes porteurs de projets ;
- pour encourager la création d'entreprise (en faisant néanmoins attention à ne pas déstabiliser le dispositif des *« couveuses d'activité »* issu de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique) ;
- pour permettre le maintien dans l'emploi de seniors qualifiés, trop tôt exclus du marché du travail, jusqu'à constitution de droits à retraite suffisants.

Si elle doit être légalisée, l'activité de portage salarial en raison de son caractère particulier, ne peut par ailleurs être laissée à la libre concurrence, accessible à n'importe quelles structures exerçant l'activité dans n'importe quelles conditions, l'objectif étant d'éviter le portage *« sauvage »*. Comme pour le travail temporaire, l'activité sera seulement accessible aux structures présentant des garanties financières et assurantielles suffisantes. Un contrôle de l'activité de portage aussi bien en début qu'en phase d'exercice paraît souhaitable selon une procédure qui pourrait être la suivante :

- une déclaration à l'administration du travail comprenant nom et raison sociale de la structure candidate, nature des prestations proposées, clientèles visées, conditions d'emploi du personnel salarié (notamment la convention collective appliquée et d'éventuels accords d'entreprise) ;
- un dossier permettant d'apprécier le niveau et la qualité des services rendus aussi bien aux professionnels autonomes qu'aux clients de ces derniers ;
- un bilan qualitatif et quantitatif annuel des services *« employeur »*.

En cas de non-respect de ces engagements, l'autorité administrative pourrait à court délai notifier au groupement qu'elle s'oppose à l'activité ou qu'elle la suspend (15).

Il s'agira aussi de veiller à la protection des personnes amenées à traiter avec les structures de portage : veiller d'une part aux intérêts des professionnels autonomes (par la négociation de conventions adaptées lesquelles préciseront entre autres l'importante question des droits sur la clientèle), mais veiller aussi à l'intérêt des clients. C'est la question des garanties financières et des assurances exigibles des structures de portage, et celle des risques à couvrir pour assurer le respect des intérêts des uns et des autres (risque d'inexécution des prestations par le professionnel autonome, risque de faillite de la structure de portage...).

2 **PRÉCISER LE STATUT DES « PROFESSIONNELS AUTONOMES »** Il convient de préciser le statut des *« professionnels autonomes »* susceptibles de recourir aux services des structures de portage.

Par principe, en raison des conditions dans lesquelles ils exécutent leurs missions et du fait qu'ils soient aptes à trouver leurs clients, les professionnels autonomes sont des travailleurs indépendants régis par le statut correspondant, aussi bien du point de vue des relations avec la structure de portage (établies sur la base de contrats de prestations de services) que des droits à protection sociale (sécurité sociale des non-salariés, absence d'assurance obligatoire contre le risque de chômage). Être soumis à un statut de travailleur indépendant présente au moins l'avantage pour ces professionnels de ne plus supporter la charge complète des cotisations sociales salariales et patronales sur le montant de leurs honoraires, laquelle réduit excessivement leur rémunération et rend particulièrement onéreuse la protection sociale offerte par le portage. Des calculs mériteraient d'être faits pour voir dans quelle mesure l'économie qui en résulte ne permet pas, en tant qu'indépendant, le financement d'une protection sociale de qualité (par exemple une assurance chômage volontaire).

Par exception et de façon dérogatoire, en ce sens que l'on posera une qualification qui ne correspond pas aux conditions réelles d'exercice de l'activité, on pourra admettre que certains professionnels puissent, pendant une durée limitée, passer accord avec la structure de portage sur la base d'un contrat de travail salarié (mesure de politique de l'emploi).

Du point de vue du droit du travail, les professionnels autonomes soumis par exception à un statut salarié seront régis par le Code du travail, et par les accords des partenaires sociaux qui continueront à mettre au point les dispositions particulières à chaque structure : nature et durée des contrats, conditions de stabilisation de la relation de travail, modalités de détermination de la rémunération, etc.(16)... Le rattachement à une convention de branche (auquel ont déjà procédé les principales sociétés de portage avec la convention Syntec) pourra être imposé (comme pour les groupements d'employeurs), de façon à garantir à ces salariés par détermination de la loi un niveau de protection suffisant. Du point de vue de la protection sociale, les professionnels autonomes salariés cotiseront et bénéficieront des prestations du régime général de sécurité sociale, le cas échéant du régime d'assurance chômage en souhaitant que les services mis en œuvre par les structures de portage pour favoriser le développement de leur activité évitent de solliciter trop souvent le régime.

Si cette perspective qui ouvre la voie à une certaine reconnaissance du portage salarial est jugée trop risquée, il existe sans doute une solution intermédiaire, plus originale, qui consiste à admettre la possibilité pour le professionnel autonome et la structure de portage de se lier, non par le biais d'un contrat de travail salarié,

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN
22/04/2012

mais par le biais d'un *« contrat de travail indépendant »* dont les grandes lignes sont à dessiner(17). Cette formule intermédiaire, entre l'indépendance et le salariat, permettrait au professionnel autonome de garder sa qualité d'indépendant vis-à-vis du client, spécialement dans l'exécution de sa mission, mais de déployer son activité à partir de la base logistique que constitue la structure de portage, jusqu'à lui permettre de retrouver une pleine indépendance. Il en résulterait un statut mixte, une troisième voie entre le salariat et l'indépendance... encore largement à inventer.

Du point de vue de la relation de travail, les droits des professionnels autonomes soumis par exception à un statut mixte dépendraient d'abord du contrat conclu avec la société de portage (contrat de travail indépendant). Du point de vue de la protection sociale, ces professionnels pourraient relever du régime général de sécurité sociale (comme les *« portés »* actuels). En revanche, ils seraient exclus du régime d'assurance chômage : pas de prestations, mais pas de cotisations non plus, contrairement à la situation actuelle où les portés cotisent à l'assurance chômage mais peuvent se heurter au refus des Assedic de les indemniser.

Pour relativiser l'innovation, on remarquera que ces situations mixtes existent déjà en droit de la protection sociale : statut des dirigeants de sociétés (CSS, art. L. 311-2) ou statut des arbitres sportifs régis par une récente loi du 23 octobre 2006 qui prévoit leur assujettissement au régime général (CSS, art. L. 311-3, 29°, à la suite d'autres catégories comparables), les protège au titre des accidents du travail et maladies professionnelles (CSS, art. L. 412-2), mais ne prévoit pas pour eux d'assurance chômage(18).

3 **COMPLÉTER LA DÉFINITION DU CONTRAT DE TRAVAIL ?** Les *« travailleurs portés »* sont-ils de véritables salariés ? De façon assez surprenante, la définition du contrat de travail habituellement prise pour référence *(« convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération »)*(19) s'est révélée un instrument d'analyse limité lorsqu'il s'est agi de procéder à la qualification des relations entre sociétés de portage et portés, alors pourtant que de sérieux doutes pesaient sur la réalité des contrats de travail conclus(20). Cette définition traditionnelle, qui pose le lien de subordination comme élément caractéristique du contrat de travail, invite en effet à limiter l'analyse des relations litigieuses à la vérification de ce seul élément (la prestation et la rémunération n'étant généralement pas discutées). Or parfois cette analyse ne suffit plus.

D'abord parce que le lien de subordination s'est relâché au fil du temps, au fil de l'évolution des métiers et des rapports de travail, au fur et à mesure aussi que l'on accueillait dans le régime du salariat des professionnels très indépendants : médecins, avocats, notaires... Le critère du service organisé a ouvert largement la voie, subitement refermée par l'arrêt Société générale (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187), mais l'on sait maintenant que l'indépendance et le salariat ne sont plus incompatibles. Si en jurisprudence on peut s'en accommoder, d'un point de vue politique législative, le critère de la subordination juridique n'est plus aussi opérationnel qu'avant. Lorsque l'on se trouve comme en matière de portage face à une *« revendication de salariat »*, il devient difficile d'expliquer aux *« requérants »* que c'est l'indépendance professionnelle qui fait obstacle à l'entrée dans le régime du salariat... Ces derniers ont alors beau jeu de s'appuyer sur les précédents.

Par ailleurs, si la définition du contrat de travail a été conçue pour les relations de travail bipartites, aujourd'hui elle éprouve son efficacité face aux formes d'emploi complexes (de plus en plus nombreuses) qui mettent en relation non plus deux mais trois personnes. Sans doute le schéma n'est pas nouveau et la définition a bien résisté jusque-là à l'apparition du travail temporaire, des groupements d'employeurs, des associations intermédiaires, du travail à temps partagé(21)... pourtant éloignés du schéma habituel en ce sens que, mettant en œuvre le mécanisme du *« tiers employeur »* et la mise à disposition de personnel, on y observe souvent une dissociation ou une délégation de la fonction patronale.

Dans la famille des relations de travail à trois personnes, le portage salarial apporte cependant quelque chose de nouveau qui défie la définition classique du contrat de travail et son critère traditionnel. À étudier les relations de travail en portage sous l'angle exclusif du lien de subordination, on peut en effet penser qu'un contrat de travail existe réellement entre les parties, par rapprochement avec la situation d'autres salariés particulièrement indépendants. Pourtant, en matière de portage, et c'est ce qui fait sa différence, ce sont les soi-disant salariés qui apportent le travail, trouvent les clients, négocient toutes les conditions de réalisation des prestations, les exécutent... et finalement peuvent très bien se passer de leur *« employeur »*. Le critère de la fourniture du travail paraît soudainement décisif... mais il n'est pas dans la définition du contrat de travail.

D'où l'interrogation sur l'opportunité de retoucher ce *« monument »* du droit du travail, de compléter la définition du contrat de travail pour mieux faire face aux conventions d'emploi de plus en plus subtiles, entre travail salarié et travail indépendant, que le marché du travail donne à voir. N'est-ce pas à l'employeur qu'incombe l'obligation première de fournir du travail (ce que s'abstiennent de faire les structures de portage qui *« recrutent »* au contraire les portés sous condition d'avoir déjà leur propre clientèle, au moins d'avoir négocié une première mission) ? Le critère de la fourniture du travail par l'employeur ne doit-il pas être considéré comme l'obligation *« essentielle »* sans laquelle aucun contrat de travail ne peut par principe exister ?

Si l'opportunité d'une nouvelle définition était admise, elle pourrait être la suivante : *« Le contrat de travail est la convention par laquelle, moyennant une rémunération, une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, qui lui fournit un travail à exécuter sous sa subordination, ou celle d'un tiers désigné par elle dans les cas de prêt de main-d'œuvre autorisés par la loi »*.

4 **DÉFINIR POSITIVEMENT LE TRAVAIL INDÉPENDANT** Les nouvelles formes d'emploi sont souvent à la frontière du travail salarié et du travail indépendant. Elles sont souvent aussi à la frontière du licite et de l'illicite, inventant de nouveaux schémas qui ne correspondent pas toujours aux catégories connues et contrarient la bipolarité autour de laquelle est organisé le droit social français.

Le juge est souvent le premier, au gré des conflits d'intérêts, à s'interroger sur la légalité et la compatibilité de ces formes d'emploi *« mixtes »* avec le droit positif. Il ne peut statuer cependant que par rapport aux catégories existantes : travail salarié ou indépendant, contrat de travail ou contrat d'entreprise... sans possibilité pour lui d'inventer une *« troisième voie »* entre salariat et indépendance, dont ces formes d'emploi traduisent peut-être la nécessité.

Devant le juge, la question de ces formes atypiques d'emploi se pose surtout en termes de qualification des conventions. Trois instruments permettent d'y procéder :

- le principe d'indisponibilité des qualifications, dont l'importance a déjà été soulignée : il interdit aux parties de déterminer librement le régime juridique qui sera applicable à leur relation de travail ;
- la présomption légale de non-salariat qui repose sur le critère formel de l'inscription de la personne concernée à un registre professionnel : *« Les personnes physiques immatriculées au RCS, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des Urssaf... sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation »* (présomption simple qui peut être contrariée par la preuve d'un *« lien de subordination juridique permanente »* entre le professionnel et le donneur d'ordre)(22) ;

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN
22/04/2012

- la définition du contrat de travail, repère essentiel lorsqu'il s'agit de qualifier des conventions d'emploi litigieuses, objet de toutes les attentions en raison sans doute de la nécessité de protéger une partie contre l'autre et du dispositif protecteur attaché à cette situation.

En comparaison, le travail indépendant n'a pas fait l'objet d'autant de sollicitude. Des définitions existent mais par secteurs (activité artisanale, commerciale, agricole...), en sorte que l'on connaît bien mieux les déclinaisons que le genre. Le concernant, il faut se contenter d'une définition *« par défaut »* très peu caractéristique : le travail indépendant est celui qui n'est pas salarié ; tout travail qui n'est pas salarié est indépendant. D'où l'intérêt d'une définition *« positive »* du travail indépendant laquelle, si elle était ne serait-ce qu'esquissée, faciliterait certainement le travail de qualification des conventions d'emploi mixtes.
L'idée serait de partir à la recherche d'un faisceau d'indices selon la même méthode que celle utilisée pour caractériser le travail salarié, aucun indice n'étant à lui seul déterminant. Les directions dans lesquelles chercher :

- **la nécessité d'un investissement :** contrairement au salarié auquel suffit sa force de travail (l'employeur fournissant le reste), l'indépendant est souvent dans l'obligation de réaliser un investissement en début d'activité ne serait-ce que pour disposer des instruments nécessaires à son exercice (ce qui n'implique pas forcément la propriété) ;
- **la liberté d'organisation et d'exécution du travail :** le travailleur indépendant est libre de son temps et d'organiser son activité comme il le souhaite ; il n'est pas subordonné (se pose néanmoins la question de la dépendance économique) ; il choisit librement ses clients et acquiert des droits sur cette clientèle ; il est *« son propre patron »* ;
- **la liberté de décision/gestion :** les décisions portant sur la gestion ou le développement de l'activité sont prises par le travailleur lui-même, sans compte à rendre à d'autres qu'à lui-même (sauf associés) ; il a la possibilité d'embaucher des salariés, ce que ne peut faire un autre salarié dans le cadre de son activité ;
- **le risque d'entreprendre :** il pèse sur le travailleur lui-même dans le cas du travail indépendant, sur l'employeur dans le cas du travail salarié(23) ;
- **le mode de fixation de la rémunération :** tandis que le salarié est en principe rémunéré à hauteur du travail accompli et des qualifications, la rémunération du travailleur indépendant est plus libre (plus incertaine aussi) : en cas de succès, elle ne constitue pas seulement la rémunération d'une force de travail, elle rémunère aussi d'une certaine façon le capital investi, l'esprit d'entreprendre, et les risques qui auront précisément été pris.

La perspective d'un faisceau d'indices pour caractériser le travail indépendant, malgré les difficultés qu'elle laisse entrevoir, paraît en tout cas plus satisfaisante que ne l'est l'unique critère formel mis en œuvre aujourd'hui (inscription à un registre professionnel) absolument indifférent aux conditions réelles d'exercice de l'activité indépendante. L'idée serait finalement, lorsqu'il s'agit de qualifier une situation mixte, de mettre en œuvre le principe de réalité pour l'emploi indépendant aussi bien que pour le travail salarié.
Si la question du travail indépendant concerne de près le sujet du portage, elle le dépasse aussi largement. Au-delà de ces quelques réflexions et vu l'importance du sujet (le travail salarié dépendant directement du travail indépendant...), on ne peut que souhaiter la poursuite des travaux que d'autres ont déjà entrepris(24).
Notes (1)
Cette note reprend les conclusions de l'étude juridique portant « Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial » réalisée pour le ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement (DGT/DGEFP) de sept. 2005 à déc. 2006. Elle est le fruit des réflexions collectives menées dans le cadre du Laboratoire droit et changement social de l'Université de Nantes (UMR CNRS 6028) par L. Casaux-Labrunée (dir.), J-P. Chauchard, A-S. Hocquet de Lajartre, J-Y. Kerbourc'h et K. Barragan. Résultats complets de l'étude disponibles sur http://www.travail.gouv.fr (janvier 2008)
Retour au texte
(2)
L. Casaux-Labrunée, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », Dr. soc., 2007, p. 58 ; du même auteur : « Portage salarial : des travailleurs indépendants en quête de sécurité et de simplicité », dans ce numéro p. 47.
Retour au texte
(3)
J-Y. Kerbourc'h, « Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite ? », Dr. soc., 2007, p. 72.
Retour au texte
(4)
J-P. Chauchard, « Rémunération des travailleurs portés et cotisations de sécurité sociale », dans ce numéro p. 61.
Retour au texte
(5)
P-M. Menger, P. Costa, D. Hanet, C. Marchika, « Les activités de portage salarial : une analyse socio-économique », dans ce numéro p. 13 et s.
Retour au texte
(6)
V. notre article : « Portage salarial : des travailleurs indépendants en quête de sécurité et de simplicité » dans ce numéro p. 47.
Retour au texte
(7)
J-P. Chauchard, « Harmoniser les régimes de sécurité sociale » et « Les contraintes de la mise à son compte », in Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial : étude juridique, Rapport pour le ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, déc. 2006.
Retour au texte
(8)
Formule-type rencontrée dans nombre d'accords d'entreprise : UES ITG, UES AD'Missions, Aclys Concept...
Retour au texte
(9)

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN
22/04/2012

L'affichage de la spécialité « portage » est plus ou moins net selon les sociétés : certaines font clairement apparaître le mot dans leur dénomination sociale (ABC Portage, Action Portage, Portage plus, Portage Low Cost...), d'autres préfèrent la discrétion (Access Etoile, Bati France Services, High Potential Resources, Missions Cadres...).
Retour au texte
(10)
Freelance.com par exemple, qui a racheté la société de portage Valor.
Retour au texte
(11)
On relèvera cependant que les sociétés de portage ne prennent pas réellement en charge les tracasseries afférentes à la nature indépendante de l'activité des portés, mais qu'elles les libèrent de ces contraintes... en les salariant.
Retour au texte
(12)
V. J-Y. Kerbourc'h, « Portage et activité de placement » et « L'intérêt de plates-formes de services pour travailleurs indépendants », in Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial : étude juridique, Rapport pour le ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, déc. 2006.
Retour au texte
(13)
Même si les services offerts vont bien au-delà, on sera cependant attentif au risque de concurrence avec la profession réglementée d'expertise comptable. Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.647, RJS 2004 n° 1211 : « Est coupable du délit d'exercice illégal de la profession d'expert-comptable, le président d'un groupement d'employeurs qui a mis à la disposition des adhérents d'un groupement des salariés qui ont procédé à des travaux réservés aux experts-comptables ».
Retour au texte
(14)
J-Y. Kerbourc'h, « Portage et travail temporaire : permanences et ruptures », in Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial : étude juridique, Rapport pour le ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, déc. 2006.
Retour au texte
(15)
V. A-S. Hocquet de Lajartre, « Le contrôle de l'activité de portage : conventionnement, déclaration, agrément ? » et « L'exigence de garanties financières des structures pratiquant le prêt de main-d'œuvre », in Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial : étude juridique, Rapport pour le ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, déc. 2006.
Retour au texte
(16)
V. A-S. Hocquet de Lajartre, « Conditions de travail et dialogue social dans le secteur du portage salarial », dans ce numéro p. 67.
Retour au texte
(17)
J-P. Chauchard, « Eléments pour une définition d'un contrat de travail indépendant », JCP E, 2007, n° 24, 1761.
Retour au texte
(18)
« Les arbitres et juges ne peuvent être regardés dans l'accomplissement de leur mission comme liés à la fédération par un lien de subordination caractéristique du contrat de travail au sens de l'article L. 121-1 du Code du travail » (C. Sport, art. L. 223-3).
Retour au texte
(19)
Précis Dalloz Droit du travail, n° 117.
Retour au texte
(20)
V. notre article : « Portage salarial : des travailleurs indépendants en quête de sécurité et de simplicité », p. 47.
Retour au texte
(21)
V. en dernier lieu les prêts de main-d'œuvre autorisés au sein des pôles de compétitivité par la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 (JO 31 déc.). R. Vatinet, « Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés », JCP S, 2007, 1131.
Retour au texte
(22)
C. trav., art. L. 120-3.
Retour au texte
(23)
M-L. Morin, « Partage des risques et responsabilité de l'emploi (contribution au débat sur la réforme du droit du travail) », Dr. soc., 2000, p. 730 ; « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », Dr. soc. 2001, p. 478.
Retour au texte
(24)
G. Lyon-Caen, Le droit du travail non salarié, Sirey 1990 ; Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe (dir. : A. Supiot), Flammarion 1999, p. 27 et s. ; La subordination dans le travail (dir. : J-P. Chauchard et A-C. Hardy-Dubernet), La Documentation française 2003, p. 301 et s. ; M-L. Morin, « Les figures du travail indépendant », Syndicalisme et société n° 2 1998, 299 ; Prestation de travail et activité de service (dir. : M-L. Morin), La

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement
BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN 22/04/2012

Documentation Française 1999, p. 149 et s.
Retour au texte

Document Wolters Kluwer France soumis aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE VAUBAN
22/04/2012